

La consulta plantea si es posible la publicación en la página web de la consultante de datos personales de sus empleados, así como de la evaluación que emitan los clientes sobre la prestación del servicio realizada por aquéllos, así como su difusión por estos clientes en redes sociales, en relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Plantea también si el consentimiento de sus empleados podría efectuarse sin cumplir todos los requisitos exigidos por dichas normas.

I

La comunicación comprendería datos de identificación, fotografía, perfil profesional y datos sobre sus aficiones lo que, en conjunto, determinaría un perfil personal de los empleados.

En primer lugar procede advertir que la empresa consultante viene legitimada a efectuar el tratamiento de datos de sus empleados al amparo de lo dispuesto por el artículo 6.2 de la LOPD que dice que “No será necesario el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.” De modo que la legitimación para el tratamiento de los datos citados la tiene el empresario cuando el mismo se realiza dentro del ámbito laboral y para el desenvolvimiento de la relación laboral.

El tratamiento de estos datos debe respetar los principios que informan la protección de datos de carácter personal recogidos en el artículo 4 de la LOPD que señala: “1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

2.-Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidos. (...).”

En el presente supuesto parece que la empresa está tratando datos referidos a las aficiones, gustos o preferencias de los empleados, lo que, a tenor de lo señalado, parecen datos innecesarios o no proporcionados para el fin de mantenimiento y gestión de la relación laboral, por cuanto, el conjunto de derechos y obligaciones dimanantes de la misma para ambas partes, no necesita tal intromisión en la esfera privada del trabajador.

II

En segundo lugar, la pretensión de la consultante de difundir los datos de los empleados a través de su página web en Internet constituye una cesión de datos definida en el artículo 3 i) de la LOPD como “toda revelación de datos realizada a persona distinta del interesado.”

Dicha comunicación comprendería además, las evaluaciones que hicieran los clientes respecto del trabajador que realizó el servicio, en la medida que la página web tendría habilitada una funcionalidad para recoger las mismas.

El régimen de comunicación de los datos de carácter personal, salvo para los datos sensibles, está regulado en el artículo 11. 1 de la LOPD que establece: “1. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, salvo que nos encontremos ante alguno de los supuestos excepcionados del número 2 de dicho artículo, otorgado con carácter previo a la cesión y suficientemente informado de la finalidad a que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar (artículo 11.3), y que debe recabar el cedente como responsable del fichero que contiene los datos que se pretenden ceder.

De modo que para que no sea nulo, el consentimiento que se solicita a los empleados de la consultante responsable del fichero, se deberá facilitar a éstos la información que les permita conocer la finalidad a la que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad del cesionario.

Dicho consentimiento tiene también el carácter de revocable (artículo 11.4).

Además, este consentimiento deberá ser, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 h) de la Ley “libre, inequívoco, específico e informado”, debiendo, en consecuencia, aparecer vinculado a las finalidades determinadas, específicas y legítimas que justifican el tratamiento de los datos, de manera que los datos únicamente podrían ser tratados en el ámbito de las mencionadas finalidades, tal y como dispone el artículo 4.1 de la misma norma, no pudiendo ser tratados para fines incompatibles con aquéllas (artículo 4.2 de la LOPD).

Del concepto de consentimiento se desprende la necesaria concurrencia para que el mismo pueda ser considerado conforme a derecho de los cuatro requisitos enumerados en dicho precepto.

Un adecuado análisis del concepto exigirá poner de manifiesto, como indica la consulta, cuál es a juicio de esta Agencia la interpretación que ha de darse a estas cuatro notas características del consentimiento. La Agencia Española de Protección de Datos ha venido sosteniendo los criterios sentados en las diversas recomendaciones emitidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en relación con la materia que nos ocupa, que el consentimiento habrá de ser:

a) Libre, lo que supone que el mismo deberá haber sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el Código Civil.

b) Específico, es decir referido a un determinado tratamiento o serie de tratamientos concretos y en el ámbito de las finalidades determinadas, explícitas y legítimas del responsable del tratamiento, tal y como impone el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999.

c) Informado, es decir que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce. Precisamente por ello el artículo 5.1 de la Ley Orgánica impone el deber de informar a los interesados de una serie de extremos que en el mismo se contienen.

d) Inequívoco, lo que implica que no resulta admisible deducir el consentimiento de los meros actos realizados por el afectado (consentimiento presunto), siendo preciso que exista expresamente una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.

III

En su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha venido a concretar el alcance del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, estableciendo su carácter autónomo e independiente, deslindado del derecho a la intimidad, cuyo contenido persigue garantizar un poder de control de los individuos respecto de sus datos personales, así como sobre el uso y destino de los mismos, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo. Pues bien, los argumentos y la fundamentación contenidos en dicha sentencia resultan plenamente aplicables a las relaciones laborales.

En el ámbito estrictamente laboral, existen diversos documentos internacionales que abordan la problemática de la protección de datos en el ámbito laboral. Entre ellos destacan la Recomendación (89) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo, y las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo de 1996. A su vez, el “Grupo de Berlín”, constituido en el seno de la Conferencia Internacional sobre Protección de

Datos, se ha posicionado claramente sobre la protección de los datos en el contexto laboral a través de su documento “Informe y Recomendaciones sobre las Telecomunicaciones y la Privacidad en las relaciones laborales”, de agosto de 1996.

Dada su enorme relevancia, cabe referirse primer lugar a la Recomendación (89) 2 del Consejo de Europa. Dicha Recomendación es el documento que ha marcado de forma más importante los desarrollos posteriores en este campo. En la misma se afirma que la expresión “con fines de empleo” que utiliza se refiere a las relaciones entre trabajadores y empresarios en materia de reclutamiento de trabajadores, ejecución del contrato y gestión, incluidas las obligaciones derivadas de la ley o de convenios colectivos, así como a la planificación y organización del trabajo, con lo que se pone de manifiesto la vocación de otorgar a los datos personales de los trabajadores un importante nivel de protección.

Dicha Recomendación, contiene una serie de consideraciones generales sobre las condiciones de un tratamiento leal y legítimo de los datos de los trabajadores, así como referencias específicas y concretas a diversos tipos de problemas que pueden surgir con la protección de dichos datos en el ámbito de laboral.

La Recomendación establece que solamente con el consentimiento del interesado, o con otras garantías previstas en el Derecho interno, se podrían realizar pruebas, análisis o procedimientos destinados a evaluar el carácter o la personalidad de una persona, y también afirma el derecho del afectado a conocer el resultado de dichas evaluaciones si así lo desea.

En el ámbito de la Unión Europea, destacan importantes Documentos de Trabajo del “Grupo del Artículo 29”, constituido al amparo de la Directiva 95/46, de 24 de octubre, sobre Protección de Datos, de la cual es una transposición la Ley Orgánica 15/1999, a saber:

El Dictamen 8/2001, sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral (13-9-2001), adoptado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, insiste en la idea de que tanto los estados de la Unión, como los diferentes agentes sociales, deben tomar conciencia de que muchas de las actividades realizadas de forma rutinaria en el ámbito de la empresa implican el tratamiento de datos personales de los trabajadores y, en muchas ocasiones, de información de carácter personal especialmente protegida.

La recopilación, almacenamiento y uso de información sobre los trabajadores por medios electrónicos, y las diversas herramientas de uso común en buena parte de las empresas, tales como el correo electrónico o el acceso a Internet, implican en muchas ocasiones el tratamiento de datos personales de los trabajadores a los que se debe aplicar la normativa sobre protección de datos.

En este Dictamen, el Grupo enumera y desarrolla los Principios Fundamentales de la Protección de Datos, que los empresarios deberán tener siempre en cuenta en el contexto laboral. Así, los principios de Finalidad y de Transparencia, referidos a la necesidad del uso legítimo de los datos, adecuados a un fin determinado y explícito, propio de la actividad laboral, y a la necesidad de que los trabajadores conozcan qué datos recoge el empresario sobre ellos. Según se apunta en el Dictamen, la Transparencia también podría garantizarse otorgando al interesado el derecho de acceso a los datos personales que les afectan. De este modo, los trabajadores, como partes interesadas en la relación laboral, deben beneficiarse de los derechos que confiere la Directiva sobre protección de datos y, muy especialmente, del derecho de acceso, previsto en el artículo 12 de la misma.

El principio de legitimidad se vincula al de proporcionalidad, debiendo ser los datos recabados, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la necesidad de su recogida, y disponiéndose la necesidad de que los trabajadores sean suficientemente informados sobre la existencia de dicho tratamiento legítimo y proporcionado.

A su vez, es responsabilidad inexcusable del empresario, velar por la exactitud, actualización y conservación de los datos, adoptando las medidas de seguridad necesarias que preserven la información obtenida al ámbito propio de la empresa, impidiendo el acceso indebido o la difusión no autorizada de dichos datos. También el empresario deberá ofrecer una correcta "Formación al Personal" encargado del tratamiento de los datos en el seno de la empresa, a fin de garantizar adecuadamente la protección de los datos de los trabajadores.

Especial mención merecen dos importantes cuestiones abordadas por el Dictamen al que se refiere el presente análisis, como son el tratamiento del "Consentimiento" del trabajador en el contexto laboral, y la "Interacción entre la legislación laboral y la legislación sobre protección de datos".

Por lo que respecta al "Consentimiento", el Grupo del artículo 29 considera que si un empresario debe tratar datos personales como consecuencia inevitable y necesaria de la relación laboral, no debería legitimar este tratamiento a través del consentimiento. Por el contrario, el recurso al consentimiento deberá limitarse a los casos en los que el trabajador pueda expresarse de forma totalmente libre y tenga la posibilidad de rectificar posteriormente sin verse perjudicado por ello.

De otra parte, la Recomendación 1/2001, sobre datos de evaluación de los trabajadores (22-3-2001), adoptada por el Grupo del Artículo 29 comienza delimitando, muy brevemente, y de acuerdo con la definición contenida en la

Directiva sobre Protección de Datos, lo que debe entenderse por datos personales.

En consideración al alcance de dicha definición, que engloba a “todo tipo de información sobre una persona física identificada o identificable, tal como los datos relacionados con su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”, se concluye que se pueden encontrar datos personales en las evaluaciones y juicios subjetivos que incluyen este tipo de elementos.

En conclusión, se aboga a favor de que los datos subjetivos, procedentes de evaluaciones o juicios subjetivos realizados sobre los trabajadores, sean siempre accesibles a los mismos y admitan su rectificación. Para ello resulta indispensable la transparencia en el tratamiento de este tipo de datos, y el respeto del ejercicio del derecho de acceso.

De lo señalado anteriormente, cabe concluir que el consentimiento para la comunicación masiva por Internet de los datos de sus empleados, incluidas las evaluaciones sobre los mismos, no podría entenderse válidamente prestado en el contexto de la relación laboral si su negativa a darlo, llevase aparejada algún tipo de consecuencia adversa o discriminatoria, no pudiendo hablarse de consentimiento libre.

Por ello, entendemos que la comunicación de los datos de empleados en Internet, no puede ampararse en el consentimiento del trabajador, en el ámbito de la relación laboral.

IV

A mayor abundamiento, el cliente de la consultante usuario de redes sociales y otros servicios de Internet, tendría que tener en cuenta que la publicación de contenidos con información y datos respecto de terceros no puede ser realizada si éstos no han autorizado expresamente su publicación, pudiendo incurrir en un tratamiento y cesión no autorizados pudiéndose solicitar su retirada de forma inmediata. Esta posibilidad impediría a los empleados tener el control sobre sus datos, es decir, sobre quién los puede tener y qué uso puede hacerse de ellos, así como que sus datos salieran fuera del ámbito de la empresa en la que se desarrolla su trabajo y para fines ajenos a la relación laboral.